

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALINE KELLY DE CAMARGO

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ÀS LIMITAÇÕES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS
DO JUIZ DE 1º GRAU DE JURISDIÇÃO

CURITIBA
2013

ALINE KELY DE CAMARGO

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ÀS LIMITAÇÕES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS
DO JUIZ DE 1º GRAU DE JURISDIÇÃO

Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof.º Clayton de Albuquerque
Maranhão

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

ALINE KELY DE CAMARGO

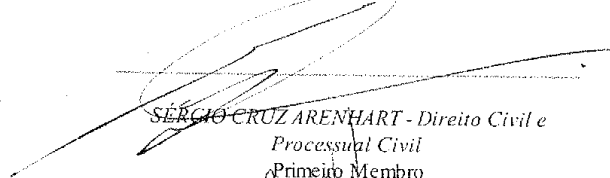
**CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ÀS LIMITAÇÕES DOS PODERES
INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DE 1º GRAU DE JURISDIÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



CLAYTON MARANHÃO
Orientador

Coorientador



SÉRGIO CRUZ ARENHART - Direito Civil e
Processual Civil
Primeiro Membro



ELTON KENTURI
Segundo Membro

Dedico este trabalho a todos aqueles que se empenham diariamente para que a justiça brasileira seja prestada de maneira efetiva, não simplesmente como forma de solução de controvérsias, mas principalmente como resposta às pretensões daqueles que mais necessitam.

Agradeço, primeiramente, a Deus por sempre estar me acompanhando e conduzindo minha vida. Agradeço à minha família, minha mãe Mari, meu pai Nilson e minhas irmãs Juliana e Pietra pelo apoio diário. Ao meu namorado Maykon pela compreensão, incentivo e carinho dedicados diariamente antes e durante minha vida acadêmica. Aos meus amigos pelos dias de alegria e de aflição compartilhados na Universidade. Aos professores que contribuíram para a minha formação. Agradeço também à Juíza Dra. Ana Lúcia Ferreira, pela experiência adquirida e pelo exemplo de competência e profissionalismo. Por fim, ao meu orientador Professor Clayton Maranhão, pelo auxílio na escolha do tema e pela atenção dedicada para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a importância do exercício dos poderes instrutórios conferidos ao juiz pelo artigo 130 do Código de Processo Civil Brasileiro, tendo por base a instrumentalidade do processo e a necessidade de um processo civil efetivo. Busca-se demonstrar que a ampliação dos poderes probatórios do julgador favorece a realização dos fins da jurisdição, na medida em que permite que a decisão judicial seja proferida a partir de maiores elementos de convicção sobre os fatos apresentados pelas partes. Apontam-se, também, os principais empecilhos impostos pela doutrina tradicional à postura mais ativa do juiz na formação do conjunto probatório, como a disponibilidade do direito material, o princípio dispositivo e o princípio da imparcialidade, demonstrando a razão pela qual tais obstáculos não devem impedir ou atenuar a produção de prova de ofício pelo juiz. Por fim, problematiza-se que a própria realidade jurídica enfrentada por muitos juízes brasileiros impõe limites a esta atuação ativa do julgador, já que, por inúmeras razões, impossibilitam que este se dedique de forma mais cautelosa ao processo.

Palavras-chave: Processo Civil. Poderes Instrutórios. Prova. Juiz. Princípio Dispositivo. Imparcialidade.

ABSTRACT

The goal of this essay is to evaluate the importance of judicial rule in Brazilian's adversarial system under the 130^o Federal Civil Procedure Code's prescription and the need to satisfy the procedure's effectiveness and instrumentality. We head to to demonstrate that the more this prerogative is explored and widen, the more the jurisdiction's goals are achieved. This because the judicial sentence proffered under this circumstances is provided by more proofs and conviction elements about the facts the parts have brought to the court. We will also evaluate and refute the obstacles raised by traditional law doctrine about the extension of judicial rule on procedural instruction, such as the impartiality and disposal civil law principles. We will do so by explaining why these obstacles should not avoid or diminish the judge's initiative to produce one particular proof that has not been requested by the parts. To finish, this essay promotes an analysis of the sources provided to most part of Brazilian judges to set some limits to the active judicial rule proposed, mainly because of the lack of material and human sources provided to Brazilian's Judiciary.

Key words: Civil law procedures. Judicial rule on proof procedure. Proof. Judge. Civil law disposal principle. Judge's impartiality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. A EFETIVIDADE E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.....	9
3. CRÍTICAS E LIMITAÇÕES AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	15
3.1. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA	15
3.2. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	19
3.3 CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS ÀS LIMITAÇÕES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	26
3.3.1. O princípio dispositivo.....	27
3.3.2 A disponibilidade do direito material	30
3.3.3 O princípio da imparcialidade	34
3.4 LIMITAÇÕES SUBSTANCIAIS AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ 38	
4 CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	45

1. INTRODUÇÃO

A prestação da tutela jurisdicional mostra-se extremamente relevante para a solução dos conflitos e para a manutenção da ordem jurídica vigente num determinado país. As questões são levadas ao Judiciário para que o juiz, atuando como terceiro estranho à lide, possa solucionar o caso mediante a aplicação da lei.

Assim, através do processo as partes levam suas pretensões em juízo, almejando uma decisão favorável e, sempre que possível, apresentam também ao juiz as provas necessárias para demonstrar suas versões acerca dos fatos que alegam.

Não são raros, porém, os casos em que apenas as provas produzidas pelas partes não se mostram suficientes para demonstrar ao juiz quem efetivamente deve ter sua pretensão amparada pelo ordenamento jurídico. Nestes casos, o resultado do processo pode não corresponder com a realidade fática, seja porque a decisão foi proferida apenas em função do não cumprimento do ônus probatório, seja porque o juiz foi falsamente convencido pelas provas e alegações ardilosas da parte que não tinha razão.

É neste contexto que, contemporaneamente, existe uma forte tendência de ampliação dos poderes instrutórios conferidos ao julgador, orientação que, inclusive, é seguida pelo sistema processual civil brasileiro e decorre da publicização do processo e, principalmente, da necessidade de se encarar o processo como um meio efetivo de realização da justiça.

Pode-se afirmar que o processo torna-se efetivo na medida em que possibilita que as partes obtenham uma tutela jurisdicional mais justa, ou seja, uma tutela que conceda um resultado tão mais próximo, quanto seria se a norma jurídica não tivesse sido violada.

Para tanto, levando em consideração a deficiência em matéria probatória verificável em muitas causas, a iniciativa instrutória oficial releva-se como um importante elemento a colaborar com o esclarecimento das questões de fato que são apresentadas ao julgador, possibilitando, assim um julgamento mais adequado e escorreito.

Conquanto esse posicionamento seja compartilhado por boa parte da doutrina, são identificadas orientações contrárias à postura ativa do magistrado que

impõem inúmeros limites à sua atuação, baseando-se em temores como o comprometimento da imparcialidade do magistrado, do princípio dispositivo e a limitação da atividade instrutória apenas aos litígios que versem sobre direitos indisponíveis.

O presente trabalho pretende demonstrar a importância de se conferir maiores poderes instrutórios ao magistrado, de modo a proporcionar aos litigantes um processo realmente efetivo e igualitário.

Assim, inicialmente, serão abordados pressupostos acerca da efetividade do processo e do direito fundamental à prova. Em seguida, se tratará especificamente sobre dos poderes instrutórios do juiz suas implicações e, por fim, serão apontadas as principais limitações impostas à ampliação destes poderes e a razão pela qual tais argumentos não devem prevalecer.

2. A EFETIVIDADE E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

O Estado para atingir seu escopo de zelar pela paz social adota, contemporaneamente, a divisão de suas funções em três grandes grupos: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Tais estruturas precisam estar equilibradas de forma a garantir o exercício da função estatal.

Desde a proibição da autotutela, o Estado trouxe para si o monopólio da jurisdição¹, a qual é exercida pelo Poder Judiciário. Através dele é desempenhada a função jurisdicional do Estado que é a necessidade de promoção da paz social, solucionando os conflitos que lhe são apresentados, por intermédio do juiz, terceiro estranho à lide, cuja função é aplicação da lei ao caso concreto.²

A esta função estatal é dado o nome de jurisdição. Segundo CÂNDIDO DINAMARCO, a jurisdição pode ser conceituada como *“a função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”*.³

Defende o eminente processualista, que a definição de jurisdição pautada apenas no plano jurídico mostra-se insuficiente. Para ele, antes de tudo, a jurisdição possui uma função política, porquanto está canalizada à realização dos próprios fins do Estado.

A superada visão estritamente jurídica da jurisdição encontra-se permeada por afirmações individualistas, ligadas ao sincretismo privatista, para qual o escopo do processo era a tutela dos direitos, caracterizando uma visão pandectista que colocava a ação como centro do sistema.

¹ “O processo civil constitui monopólio estatal porque só o Estado compete o exercício do poder com a conotação de imperatividade. É o Estado quem o conduz, por obra de agentes específicos que são os juízes e seus auxiliares e mediante o exercício do poder estatal”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009. p. 38).

² WAMBIER, Luiz Rodrigues (Org.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 46 - 47.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009. p. 316.

Argumenta que hoje, estando reconhecida a autonomia da ação, sabe-se que a tutela jurisdicional é destinada às pessoas e não aos direitos, sendo um grave erro acreditar que o sistema gravita em torno da ação e dos subjetivos materiais.⁴

Desta forma, a jurisdição é uma expressão do poder estatal e tem relação direta com a estrutura política do Estado, ela reflete a forma como o Estado se relaciona com a população e serve de instrumento para a imposição das diretrizes estatais.⁵

DINAMARCO, defendendo seu ponto de vista, afirmou:

Inserindo a jurisdição no contexto do poder e com isso saindo da sua tradicional conceituação como *um* poder, percebe-se que a sua institucionalização é vital e indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas. É não pensar somente nos conflitos transindividuais que um a um chegam chamando por solução, mas na massa de todas as pretensões deduzidas à Justiça, às quais o Estado imporá com *sua* autoridade imperativa a força de *seu* direito; não fosse a jurisdição institucionalizada, perderia sentido o ordenamento jurídico estatal como fonte autoritativa de regras de convivência e perderia sentido o próprio Estado que o instituiu e que, para coesão do grupo, tem a estrita necessidade da preservação do ordenamento.⁶

Nesta perspectiva de inadequação das posturas eminentemente jurídicas da jurisdição, defende DINAMARCO que seu estudo teleológico necessita extrapolar os limites do direito, projetando-se para fora.

Logo, é necessário encarar as demais facetas da jurisdição, passando a analisar seus demais escopos, além do jurídico (atuação da vontade concreta do direito), o social (pacificação com justiça e educação) e o político (participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento), de forma a permitir que o fenômeno processual potencialize e conduza seus resultados para o encontro de soluções efetivas e adequadas às demandas sociais.

Diante dessas premissas, defende DINAMARCO que a ciência processual, após a superação do sincretismo jurídico e da fase autonomista, chegou ao seu

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013. p. 181.

⁵ *Idem*

⁶ *Idem*

terceiro momento metodológico caracterizado pela consciência da instrumentalidade.⁷

Este estágio instrumentalista surgiu como uma forma de recuperar a verdadeira finalidade do processo civil, o qual deixa de ser apenas uma ferramenta para atuar como um instrumento de realização dos escopos da jurisdição.

É importante ressaltar que o instrumentalismo visualiza o processo a partir de um ângulo externo, ou seja, considerando os seus objetivos sociais, políticos e econômicos de forma a buscar sempre um fim que fundamente a sua utilização.

Aponta DINAMARCO que a instrumentalidade é visualizada pelo aspecto negativo e positivo. O negativo significa a negação do processo como um valor em si mesmo, repudiando-se os exageros mediante o aprimoramento da técnica processual. Já do aspecto positivo, decorre a preocupação de se extrair do processo, como um instrumento, o máximo possível de proveito para se obter os resultados propostos, que são os fins do sistema, ou seja, os seus escopos.⁸

Ainda, conforme DINAMARCO o aspecto positivo da instrumentalidade relaciona-se diretamente com a efetividade do processo e conduz à assertiva de que *“o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”*.⁹

Verifica-se, assim, que a publicização do processo justifica esta atuação vocacionada, porquanto sua função é a efetivação dos fins do Estado. Deve prevalecer o interesse público em detrimento da visão privatista do processo.

Tal tendência é ratificada pela exposição de motivos do atual Código de Processo Civil de 1973 de autoria do então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid:

⁷ “O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como se preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nesta quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do *ius exceptionis* e sua suposta assimilação à ideia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos processuais já constitui suporte fático suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013. p. 22-23).

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013. p. 377.

⁹ *Idem*

O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade.

Seria inadmissível sustentar, hoje, qualquer confusão entre a relação processual e a relação de direito material. A relação processual busca, através da atuação da lei, a manutenção do ordenamento jurídico e não a satisfação dos interesses privados inatos às relações substanciais. O que existe, na verdade, é uma relação de instrumentalidade entre o processo e o direito material, na medida em que o processo possibilitará a atuação da regra jurídica ao caso concreto.

Assim, por intermédio do instrumentalismo, passou-se a visualizar os resultados do processo em busca de sua efetividade. Segundo JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE *“o processo efetivo é aquele que, observando o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”*.¹⁰

Diante dessa afirmativa, é possível constatar que um dos enfoques para se avaliar a efetividade do processo é a adequação do resultado da prestação jurisdicional com a realidade material vivenciada pelos seus destinatários.

Dizendo por outras palavras, o processo e, conseqüentemente a prestação jurisdicional, será tão mais efetivo quanto maior for conhecimento acerca dos fatos ocorridos no caso concreto.

É nesta seara que BEDAQUE defende que o resultado da prestação jurisdicional deve se aproximar da vontade do direito substancial. Na sua ótica, não é possível que o juiz, impregnado por dogmas já superados, aplique normas de direito substancial a fatos que não estão suficientemente comprovados, se ele tiver a

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010. p. 49.

possibilidade de, através da iniciativa instrutória, contribuir para a formação do conjunto probatório.¹¹

Em vista disso, é que se revela a importância do juiz para a efetivação dos escopos da jurisdição. O modo de atuação desse agente estatal é determinante para garantir uma efetiva prestação da tutela jurisdicional do Estado.¹²

Sobre o tema asseverou JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI:

No que toca aos poderes do Juiz, o primeiro passo na direção da modernidade vem materializado no reconhecimento de que ele é um agente estatal no desempenho de uma função pública cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera satisfação das partes envolvidas no litígio. Fala-se da consciência de que, sob um prisma mais genérico, a atividade desempenhada pelo Juiz também tem em vista a necessidade de impor e fazer valer o direito material positivado pelo próprio Estado e pacificar os conflitos ocorrentes na sociedade e que lhe forem submetidos.¹³

Assim, tem-se que o modo de exercer o poder jurisdicional varia conforme a natureza do Estado vigente. Em Estados mais democráticos que buscam efetivar suas finalidades sociais por intermédio da jurisdição, os poderes conferidos à atuação dos magistrados no processo serão mais acentuados, pois este exercerá a sua direção material e não apenas formal, participando ativamente da instrução do processo, sem, no entanto, ferir a sua imparcialidade.¹⁴

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 15

¹² Segundo CÂNDIDO DINAMARCO “a afirmação e plena consciência da necessidade de extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo proveito que deles seja lícito esperar têm a sua valia na medida em que sejam capazes de conduzir a uma *postura mental* favorável a essa ideia instrumentalista. Em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitada da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade. E pairam ainda no ar muitos preconceitos irracionais que opõem resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro, romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo o sistema e, para que possam ser efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013. p. 357-358).

¹³ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001. p. 21.

¹⁴ GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

Portanto, considerando o atual contexto brasileiro de Estado Democrático de Direito, é preciso que o juiz tenha sempre em mente os escopos da jurisdição de forma a direcionar sua atuação na condução do processo, tomando providências para que as finalidades do Estado não sejam frustradas.¹⁵

¹⁵ GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p. 54.

3. CRÍTICAS E LIMITAÇÕES AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

3.1. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Havendo a necessidade de tutela estatal por intermédio de seus órgãos jurisdicionais, se valerá a parte do processo, o qual é “*o veículo através do qual a parte buscará obter um provimento que garanta, em seu favor, a atuação da norma jurídica material*”.¹⁶

Seu objetivo é propiciar um resultado prático, ou seja, uma decisão judicial que defina quem tem razão. Para que se obtenha este resultado, no entanto, precisa o juiz conhecer os fatos sobre os quais incidirão a norma.

A recomposição dos fatos provenientes do litígio permitirá que o juiz forme um convencimento acerca da existência ou não do direito alegado pela parte. As meras alegações não bastam para que o juiz possa conceder a prestação jurisdicional, sendo necessário que, além de formular alegações, a parte seja capaz de comprová-las.¹⁷

Conforme dispõe o artigo 131 do Código de Processo Civil: “*o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento*”.

Com efeito, verifica-se a partir do disposto neste artigo, que a decisão judicial será formada por intermédio da convicção do julgador acerca dos fatos e circunstâncias dos autos.

De tal modo, é indubitável que o estudo da prova revela-se como tema de importância ímpar quando se busca a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Isso porque, apenas a partir de uma atividade cognição a respeito das versões trazidas ao processo, é que será possível uma aplicação escoreita do direito pelo julgador, o

¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Org.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA; Flávio Renato. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v.1. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 450

¹⁷ “A prova está voltada à reconstrução histórica de acontecimentos ocorridos no mundo empírico e tem a finalidade de iluminar o juiz quanto à verificação da existência e da eficácia das questões de fato debatidas no processo.” (CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional a prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 191).

que demonstra a necessidade das alegações formuladas no processo estarem bem comprovadas.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO ARENHART discorrendo sobre o tema afirmaram que:

Se o conhecimento dos fatos é pressuposto para a aplicação do direito e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos, tem-se como lógica a atenção redobrada que merece a análise fática do processo.¹⁸

Através do “juízo de subsunção” o juiz aplica ao fato ocorrido no mundo real à regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico. Não obstante, se os fatos do litígio não ficarem devidamente demonstrados, a decisão judicial não estará pautada na realidade e, portanto, não constituirá uma decisão justa.

Aliás, a descoberta da verdade sempre foi um tema relevante para o processo, o qual pode ser “*considerado como um dos seus principais objetivos*”.¹⁹ Entretanto, a doutrina processual contemporânea defende de que a busca pela verdade real de forma extremada não se mostra viável, seja pela dificuldade de recompor fatos pretéritos ou pelo nível de subjetividade envolvida no conceito, a visão idealizada da verdade já não deve ser o objetivo precípua do processo.

Sobre o tema EDUARDO CAMBI afirma que:

A verdade a ser buscada no processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização da justiça, e está condicionada por limitações racionais, não se confundindo com a verdade absoluta, que transcende o saber humano porque depende do conhecimento do todo. Contudo, a impossibilidade de se obter a verdade absoluta não impede que a verdade seja apontada como um dos fins a serem buscados pelo processo, bem como não inviabiliza a investigação de critérios racionais que permitam a sua aproximação e possibilitem a sua relativa concretização em juízo. Ademais, a assertiva de que o direito busca a justiça estaria comprometida, caso a noção de sentença justa não fosse acompanhada da preocupação de verificar concretamente os fatos.²⁰

Segundo MARINONI e ARENHART, atualmente, “*tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma*

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009. p. 25.

¹⁹ *Ibidem*. p. 26

²⁰ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 192.

*das teses apresentadas pelas partes no processo”*²¹ e, embora esse aspecto dialético e argumentativo pareça afastar a prova do seu referencial com a verdade “a busca pela certeza e pela verdade ideal sempre será a meta do juiz na perquirição dos argumentos probatórios encartados no processo”.²²

Deste modo, não se defende aniquilação da noção de verdade e sua importância para o deslinde do processo, mas sim, se propõe uma nova interpretação a respeito da sua função, que deixa de ser pautada em ideários inatingíveis, para dar lugar a um exercício dialético que possibilitará ao julgador convencer-se a respeito da validade das proposições feitas pelas partes.²³

Como defendem MARINONI e ARENHART não é possível atingir a verdade, já que ela está no campo do impossível. A concepção de verdade varia conforme a subjetividade de cada indivíduo, devendo o juiz, portanto, procurar pela certeza do caso concreto, ou seja, a certeza sobre a afirmação do fato, a qual difere da certeza da lógica tradicional, já que o fato apenas adquire significação no campo cultural ou jurídico a partir do momento em que é afirmando.²⁴

Diante destas premissas, é possível afirmar que o direito à prova é um direito fundamental, porquanto deriva do direito fundamental ao contraditório, da ampla defesa, do acesso à justiça e do devido processo legal.²⁵ Tal direito tem um caráter instrumental, pois busca alcançar uma tutela jurisdicional justa.

Conforme defende EDUARDO CAMBI:

O direito à prova, além de estar compreendido na garantia do *acesso à ordem jurídica justa* (art. 5º, XXXV, CF) é um *direito público subjetivo* que tem a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa previstos na

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 261.

²² *Idem*

²³ Sobre o tema observam MARINONI e ARENHART que “o que importa, efetivamente, é que o juiz procure descobrir a sua verdade, até mesmo determinando provas de ofício, mas sem exigir um grau de probabilidade que torne impossível a demonstração da existência do direito”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. arts 332 a 363, Tomo I, V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 197).

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. arts 332 a 363, Tomo I, V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 196.

²⁵ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

Constituição, assegurando a titularidade de posições jurídicas ativas em relação à autoridade estatal.²⁶

Segundo ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO²⁷ constitui um verdadeiro direito subjetivo da parte a introdução do material probatório ao processo, bem como a sua participação em todas as fases. Trata-se de um aspecto do próprio direito de ação e de defesa, ao passo que poderá a parte influir em todas as operações que servirão como base à decisão.

Assim, sendo a prova uma garantia constitucional, cabe ao sistema infraconstitucional assegurar às partes a possibilidade mais ampla de participação na formação do convencimento do juiz.

Deve, portanto, o sistema infraconstitucional conferir às partes o poder de valer-se de todos os meios de provas adequados à comprovação dos fatos do direito afirmado, mas, ainda, atrelada à normativa infraconstitucional, deve a interpretação deste sistema sempre estar voltada à efetividade deste direito subjetivo.

Isso significa que não bastam apenas as regras processuais abstratas disciplinando a matéria probatória, cabe aos aplicadores do direito realizar uma interpretação capaz tornar eficaz o direito fundamental à prova.

Tal interpretação precisa estar voltada não apenas à atividade instrutória das partes, mas também àquela conferida ao juiz, ao qual também assiste o poder de determinar a produção das provas necessárias à formação de seu convencimento.

Como se verá a seguir, a iniciativa probatória do juiz concede efetividade ao processo na medida em que permite decisões baseadas em elementos mais concretos. Não basta apenas a normativa infraconstitucional conceder tal prerrogativa processual ao julgador,²⁸ se tal opção legislativa for simplesmente ignorada.

O dever, aqui, é recíproco. Tanto o legislador tem o encargo de criar normas que permitam a efetividade do direito à prova, quanto os operadores do direito e doutrinadores precisam ser receptivos a tal normatização.

²⁶ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 190.

²⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

²⁸ Artigo 130 do Código de Processo Civil Brasileiro.

3.2. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Para que o juiz forme a sua convicção acerca dos fatos relacionados à lide é indispensável a presença de um conjunto probatório. A sistemática processual atual dispõe de regras e procedimentos que instituem a forma pela qual os elementos de prova chegarão aos autos.

Segundo os princípios da inércia da jurisdição e da correlação, caberá apenas à parte, na maioria das vezes, provocar a atividade jurisdicional e fixar o objeto do processo.²⁹ Com exceção de determinadas situações, o juiz só poderá atuar mediante prévia provocação e deverá decidir nos limites em que a lide foi proposta.

Assim, ao interpor a demanda, deve o autor elaborar a petição inicial, narrando todos os fatos nos quais sustenta a origem do direito alegado³⁰ e comprovar os fatos constitutivos do seu direito, consoante determina o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Para essa conduta esperada do autor no processo é dado o nome de ônus. Este não pode ser considerado como um dever, o qual pressupõe uma sanção, mas é o que se espera da parte, para que a verdade dos fatos que alegou possa ser esclarecida.³¹

Igualmente, também se espera do réu uma conduta. Diante dos fatos alegados pelo autor, lhe caberá produzir provas acerca dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.³²

Não obstante as atribuições conferidas às partes, o Código de Processo Civil mune o juiz de amplas possibilidades na matéria. Conforme regra fundamental do artigo 130, de alcance genérico, *“caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”*.

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 01.

³⁰ Conforme dispõe artigo 282, inciso III, do Código de Processo Civil.

³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Org.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA; Flávio Renato. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v.1. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 435.

³² Conforme dispõe artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

Embora tal previsão esteja expressa em nossa sistemática processual, ainda persiste no ordenamento jurídico brasileiro certa resistência à iniciativa instrutória do juiz, o que, conforme FREDIEE DIDIER JR, decorre de uma lembrança histórica do tempo em que se tinha uma visão estritamente privatista do processo civil.³³

Dentre os fantasmas que assombram a ampliação dos poderes instrutórios do juiz está o receito do comprometimento de sua imparcialidade, mediante suspeita de pré-disposição ao resultado da prova determinada de ofício, o comprometimento do princípio da igualdade processual e, ainda, a limitação da atividade instrutória apenas aos litígios que versem sobre direitos indisponíveis.

Tal pensamento arraigado nos ideários privatistas é perfeitamente demonstrado pela posição adotada por PONTES DE MIRANDA. Segundo seus respeitáveis ensinamentos, possibilitar que o juiz determine a produção de prova testemunhal não requerida pelas partes, ou a exibição de documentos não mencionados pela parte adversa, ou, ainda, deliberar que uma parte preste depoimento pessoal, seria *“quebrar toda uma longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal”*.³⁴

Para muitos autores como VICENTE GRECO FILHO a iniciativa probatória do juiz não pode substituir a iniciativa das partes. Sustenta o autor que *“para não se inutilizar o dispositivo, resta interpretar que o juiz, na verdade, poderá determinar provas, de ofício, nos procedimentos de interesse público, por exemplo, os de jurisdição voluntária”*.³⁵

Nesta mesma linha defende MOACYR AMARAL SANTOS escrevendo que:

A iniciativa do juiz, de fazer completar a prova, em boa doutrina somente se admite como atividade excepcional, em casos muito especiais, quando se encontra perplexo ante a prova produzida e dos autos resulte a possibilidade de sair dessa perplexidade com a realização de outras provas. Jamais deverá o juiz usar o poder de iniciativa para suprir iniciativa das partes, porquanto sua posição lhe impõe estar equidistante destas.³⁶

³³ DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. **Curso de processual civil**. v. 2. 7 ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2012.

³⁴ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 374.

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 15 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 227.

³⁶ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 19 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 372.

Tal posição, que para muitos já estava completamente superada também é adotada por doutrinadores contemporâneos, inclusive na doutrina estrangeira.

Segundo JUAN MONTEIRO AROCA o aumento dos poderes do juiz decorre de governos de concepção autoritária. Em seu ponto de vista, a determinação das fontes de provas deve decorrer das partes, enquanto os meios de provas poderão ser indicados pelo julgador.³⁷

Apesar desses posicionamentos voltados à limitação dos poderes instrutórios do juiz, prevalece hoje na doutrina processual a posição de que a iniciativa probatória do magistrado está diretamente relacionada com a efetividade processual.

O precursor desta posição na doutrina brasileira foi JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. Sob a sua ótica, a transição do liberalismo individualista para o “Estado Social” está marcada pela intensificação dos poderes do juiz, não sendo possível aceitar que as partes conduzam o compasso da marcha processual, enquanto o juiz atua como mero observador e, ao final, apenas diga quem foi o vencedor.³⁸

Desta maneira, defende que a atuação das partes e do juiz no processo deve ser equacionada como uma “divisão de tarefas”, de modo a velar pela rápida solução do litígio.

Afirma BARBOSA MOREIRA que:

O mais valioso instrumento “corretivo”, para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função judicial, que, ao exercê-los, não se “substitui” às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno.³⁹

Outro doutrinador de suma importância quando à questão da técnica processual e dos poderes instrutórios do juiz é JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. Para esse professor paulista a atividade instrutória também deve ser

³⁷ AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 3. ed. Valência: Civitas, 2002. p. 78. Apud: CORREA, Rafael Motta. Os poderes instrutórios do juiz e as novas diretrizes da norma processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 194. p. 322. abr. 2011.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

³⁹ *Ibidem*. p. 52.

exercida pelo juiz em conjunto com as partes, como sujeitos interessados no resultado do processo. Tal postura, na sua ótica, revela o caráter instrumentalista do processo, favorecendo a eliminação das diferenças e contribuindo para sua efetividade.⁴⁰

MARINONI e ARENHART também compartilham esse posicionamento, para eles:

Impor ao juiz a condição de mero espectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo, é, quando menos, grave petição de princípios. Ora, se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que se resumem apenas à solução de conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir a sua tarefa.⁴¹

Essa posição também é defendida por DINAMARCO, segundo o qual:

O grau de participação do juiz na realização do processo é também um *ponto sensível* relativo ao modo de ser deste. Nos sistemas políticos constitucionais marcados pela busca do bem-comum e nos de conotação socialista, o processo recebe influxos publicistas que impõem a presença do juiz atuante. E assim é nosso sistema processual da atualidade, onde todo momento é preciso enfatizar que os juízes são os condutores do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectador. A escala inquisitiva, no processo civil moderno, corresponde à crescente assunção de tarefas pelo Estado contemporâneo, o qual repudia a teoria dos “fins limitados”.⁴²

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 175.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 286

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013. p. 339.

Com efeito, observa-se que a concessão de maiores poderes ao julgador na investigação no fenômeno probatório está diretamente ligada a concepção social do processo e aos escopos da jurisdição.⁴³

O professor BEDAQUE afirma que a questão relativa à prova dos fatos refere-se exclusivamente à técnica processual e ao fenômeno sociopolítico. A restrição ou concessão de poderes ao juiz na formação do conjunto probatório está intimamente ligada à concepção do processo e da sua função como método de solução de controvérsias.⁴⁴

Em seu posicionamento, se a jurisdição for considerada como uma atividade destinada à eliminação das crises do direito material, não é possível aceitar que as partes dominem o instrumento pelo qual ela atua. Sob a ótica publicista do processo, não pode o juiz atuar como mero expectador, enquanto o resultado do processo fica dependendo da atuação das partes e de seus representantes.

Esse pensamento decorre da noção de que a participação mais ativa do juiz na condução do processo possibilita uma decisão mais justa, isso porque maiores elementos de convicção virão aos autos.

Assim, defende DINAMARCO afirmando que:

A atitude do juiz, curioso diante dos fatos a apurar, constitui fator de boa instrução no processo e, portanto, elemento positivo quanto à efetividade dos seus resultados institucionais. Pois esse contanto com as partes, com os seus patronos e com as fontes de prova (*imediatidade*), mais a saída da condição passiva de espectador (*liberdade investigatória*), são dados muito significativos dessa atitude.⁴⁵

Busca-se, deste modo, evitar uma decisão baseada apenas na chamada *verdade formal*, a qual, conforme BEDAQUE, é sinônimo de *mentira formal*. Para ele

⁴³ CANDIDO DINAMARCO discorre sobre o tema afirmando que “a efetividade do processo está pois bastante ligada ao modo como se dá à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz, os primeiros sendo admitidos a produzir alegações, a recorrer, a comprovar os fatos do seu interesse e este sendo conclamado a ir tão longe quanto possível em sua curiosidade institucionalizada com aqueles. O grau dessa participação de todos constitui fatos de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto-de-vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito. Por outro lado, a celeridade como que todo procedimento deve desenvolver-se e que constitui marca fundamental de alguns são fatores de mais efetividade no campo social e político, seja para pacificar logo, seja para obter enérgico repúdio aos atos ilegais do poder público” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013. p. 346).

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013. p. 340.

esta é uma das expressões que deveria ser banida da ciência processual, porquanto reflete que o julgamento está sendo realizado sem elementos suficientes, ou seja, de forma inadequada à realidade jurídica-material.⁴⁶

Sobre esse tema BARBOSA MOREIRA salienta que:

O processo avizinha-se do *optimum* na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica material; e afasta-se progressiva e perigosamente desse ideal na medida em que o resultado na verdade obtido difere daquele que se obteria caso os preceitos legais fosse observados de modo espontâneo e perfeitos pelos membros da comunidade.⁴⁷

Somente com o resultado da atividade probatória é que o julgador terá elementos suficientes que possibilitem uma decisão mais próxima daquilo que se obteria diante da não infringência da norma. Isso significa que, na maioria dos casos, o resultado da prova é fator determinante para que o juiz possa efetivamente aplicar o direito ao caso concreto.⁴⁸

É sob esta perspectiva que se busca ampliar os poderes do magistrado, de modo que sua postura mais ativa na atividade instrutória, permita que sua decisão esteja pautada não apenas nos elementos trazidos pelas partes.

Muitas vezes apenas a atividade probatória produzida pelos litigantes não é capaz de suprir todas as questões controvertidas. Nestes casos, se o juiz proferir

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013 p. 19.

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 21

⁴⁸ Sobre o tema, Eduardo Cambi defende que “embora as normas processuais possam servir de método para a obtenção da justiça, o processo não lhe pode garantir, a priori, que a justiça seja realizada (...). A prova ganha, então, relevância já que pode ser considerada um instrumento de que as partes dispõem para influenciar o convencimento do juiz e, ao revés, um meio para que o magistrado possa averiguar os fatos sobre os quais as partes fundam suas alegações. Destarte, nenhuma decisão poderia ser considerada justa se estivesse fundada em um acerto incorreto ou insuficiente. O acerto verdadeiro dos fatos é uma condição necessária, embora não suficiente, para que se possa dizer que a decisão judicial é justa”. (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 78).

decisão apenas em razão do ônus da prova,⁴⁹ esse resultado processual não será condizente com a verdade substancial.⁵⁰

Conforme defende DINAMARCO:

Ao juiz não toca só externar as suas curiosidades, indagando dos fatos através das iniciativas probatórias exigidas pelo sistema. (...) É dever do juiz afastar posicionamentos, muitas vezes comodistas, que facilitem formalmente o ato de julgar, mas possam torná-lo injusto. Exacerbar o ônus da prova e considerar inexistente um fato apesar da razoável probabilidade que resultou da prova constitui uma dessas atitudes distorcidas e apoiadas no falso pressuposto de que o processo busca a verdade objetiva e o estado subjetivo de certeza absoluta.⁵¹

Assim, ressaltam MARINONI e ARENHART observando que:

Dizia-se antigamente: *judex iudicare, debet secundum allegata et probata a partibus*. Afirma-se hoje: *judex iudicare debet secundum allegata – a partibus*. Isso porque a produção da prova não é mais entendida como monopólio das partes. Os poderes do juiz, com o passar do tempo, foram paulatinamente aumentados, incumbindo-lhe, lembrar à parte sobre um determinado fato e, ainda, quando necessário, determinar provas *ex officio*.⁵²

Entretanto, como afirma BEDAQUE, não é possível que o juiz transforme a busca pela verdade no fim precípua do processo, limitando-se a decidir apenas quando sentir-se totalmente convicto. Por esse motivo, afirma que a instrução não

⁴⁹ Pois, como defende BEDAQUE, as regras de distribuição do ônus da prova devem ser levadas em consideração pelo julgador apenas no momento da sentença, já que constituem regra de julgamento (visão objetiva) e, assim, funcionam como um instrumento de decisão quando os fatos da lide não estiverem devidamente comprovados. Em alguns casos, mesmo que o juiz diligencie pela busca de provas, ainda não as encontrará, caso em que o seu julgamento deverá levar em conta o ônus atribuído a cada parte pela normativa processual (ônus subjetivo). “A razão de ser da regra é, pois, evitar o non liquet, ou seja, a falta de solução da crise de direito material”. Esta possibilidade, no entanto, deve ser utilizada apenas em último caso, já que revela um julgamento pautado na verdade formal e não naquela efetivamente verificada na realidade substancial. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 132).

⁵⁰ Segundo afirma Daniel Ustároz “Os poderes instrutórios devem ser utilizados na exata medida em que necessários para qualificar o provimento judicial, livrando a mente do julgador do estado de dúvida. Trata-se de uma autorização ao magistrado em prol do devido processo constitucional – e não um dever de auxílio à parte. Quando não exercitado, de forma alguma nulifica o processo”. (USTARROZ, Daniel. **Prova no processo civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 56).

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013. p. 350.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. arts 332 a 363, Tomo I, V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 192.

tem a finalidade de encontrar a verdade, “*mas proporcionar ao juiz o retrato mais fiel possível dos fatos constitutivos, modificativo e extintivo do direito afirmado*”.⁵³

Assim, o resultado da atividade desenvolvida pelo julgador deve ser o mais justo quanto “*maior correspondência houver entre a reconstrução da matéria fática realizada no processo e a realidade fática verificada no plano substancial*”.⁵⁴

3.3 CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS ÀS LIMITAÇÕES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

As profundas alterações legislativas sofridas pelo processo civil brasileiro demonstram um enorme esforço em busca da renovação de preceitos ultrapassados e, de certa forma, incompatíveis com a normativa constitucional atual.

A nossa legislação processual, em vários aspectos, pode figurar como um empecilho para a prestação da tutela jurisdicional efetiva, já que inúmeras questões ainda necessitam de alterações que possibilitem o atendimento das variadas situações de conflito que se apresentam cotidianamente através da dinâmica social.

No entanto, por outro lado, também nota-se que um elevado grau de conservadorismo ainda é emitido em face das iniciativas reformadoras, as quais decorrem da influência privatista que, por muito tempo, conduziu os caminhos percorridos pela prática processual.

Quando se reflete acerca dos poderes conferidos ao juiz, especificamente sobre aqueles relativos à atividade instrutória, verifica-se que nossa legislação processual trata sobre a matéria de forma clara e objetiva, sem estabelecer ressalvas ou limitações que inviabilizem a postura ativa do magistrado, exceto aquelas decorrentes da própria interpretação do sistema processual como, por exemplo, o princípio do contraditório.

A despeito dessa previsão legal, são identificáveis inúmeros obstáculos que, embora estejam sendo superados pelas novas concepções, ainda permanecem limitando a aplicação dos poderes insculpidos ao magistrado, o que demonstra que,

⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 18.

⁵⁴ *Idem*

em se tratando da iniciativa instrutória oficial, grande parte dos entraves decorrem da própria concepção doutrinária e da praxe forense e não da deficiência normativa como acontece com inúmeras outras questões.

Em razão dessa problemática, serão abordados a seguir, os principais obstáculos impostos pela interpretação doutrinária do artigo 130 do Código de Processo Civil, bem como aquelas decorrentes da realidade fática vivenciada no cotidiano dos magistrados brasileiros.

3.3.1. O princípio dispositivo

A propósito da divisão do trabalho entre as partes e o juiz na atividade instrutória é possível falar em dois modelos processuais. O primeiro é o sistema processual baseado no *adversarial system* e que é tradicional dos países anglo-saxônicos, onde prepondera o sistema da *commow law*, no qual cabe às partes a iniciativa instrutória, permitindo-se ao juiz apenas um comportamento estático e receptivo.

Por outro lado, existem os sistemas processuais pautados no *inquisitorial system* e no qual prepondera o *civil law*, onde são atribuídos maiores poderes ao juiz, inclusive na atividade instrutória. Este sistema é característico dos países da Europa Continental e da América Latina.

Não há dúvidas que Código de Processo Civil brasileiro adotou o modelo do *inquisitorial system*.⁵⁵ Entretanto, uma das críticas recorrentes na doutrina contrária à ampliação dos poderes instrutórios do juiz, diz respeito à relação entre a iniciativa instrutória e o princípio dispositivo. Segundo esta corrente conservadora, existe um nexo entre esses fenômenos que impossibilita uma atuação mais ativa do julgador, sem que seja comprometido o princípio dispositivo.

Antes de se analisar a pertinência ou não desse posicionamento, mostra-se relevante demonstrar que, em se tratando de princípio dispositivo, é possível encontrar na doutrina entendimentos conflitantes acerca da abrangência deste princípio.

⁵⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 104.

Segundo parte da doutrina, o princípio dispositivo é aquele que permite que apenas a parte que se diz titular do direito coloque em movimento a máquina estatal, buscando a solução do litígio ou controvérsia.⁵⁶ Para outros, todavia, este princípio vincula a atividade de julgamento do juiz aos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), vedando-lhe a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido requerida pelas partes.⁵⁷

Conforme defende CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, evidencia-se na doutrina alemã e italiana certa confusão sobre o conceito do princípio dispositivo, conquanto, atribuía-se a este princípio duplo significado: o primeiro deles em sentido material e que se refere ao monopólio conferido às partes para demandar a tutela jurisdicional e o segundo, em sentido formal, seria o poder de impulso e direção formal do processo, onde entrariam os poderes relativos às provas dos fatos alegados no primeiro momento.⁵⁸

Em que pese à existência de diversos conteúdos atribuídos ao conceito do princípio dispositivo, ressalta o professor BEDAQUE a preferência que a denominação deste princípio “*seja reservada tão somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo*”⁵⁹, já que sobre eles as partes têm ampla liberdade de disposição, por intermédio de atos processuais como a renúncia, desistência e reconhecimento do pedido e juiz nada pode opor-se a prática desses atos.⁶⁰

Deste modo, deve prevalecer apenas o sentido material do princípio dispositivo, ou seja, o monopólio da parte em buscar a tutela jurisdicional, pois como defende MARANHÃO “*enquanto as partes teriam o poder monopolístico ao alegado*

⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Org.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 74.

⁵⁷ OVÍDIO ARAUJO, Baptista da Silva. **Curso de direito processual civil** (processo de conhecimento). v. 1. 2. Ed. Porto Alegre. Fabris, 1991. p. 47.

⁵⁸ MARANHÃO, Clayton Albuquerque. A demanda cautelar e a regra de congruência no processo civil. **Revista genesis**. Revista de direito processual civil. Curitiba: Genesis, jan/abr. 1996. p. 132-143.

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. 98.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 99.

– *princípio dispositivo em sentido material (...), no âmbito da tutela jurisdicional este poder seria abolido em relação às iniciativas probatórias*”.⁶¹

Refutando a relação entre o princípio dispositivo e o domínio da colheita de provas pelas partes, BEDAQUE defende que tal concepção está relacionada com a visão privatista do processo, totalmente ultrapassada nos dias atuais, já que mesmo se tratando de relações substanciais de direitos disponíveis, como se verá a seguir, existe interesse estatal, já que a tutela jurisdicional deve ser prestada da melhor forma possível.⁶²

Por fim, defendendo o mesmo posicionamento, PUOLI afirma que:

Parece correto afirmar que a disponibilidade do direito material alegado ou o “princípio dispositivo” não deve ser tomado como justificativa para uma defesa intransigente de uma atitude passiva do juiz no desenvolvimento do processo. Isto, pelo fato da consciência, já várias vezes afirmada, a respeito da existência de outros objetivos do sistema processual, objetivos esses outros de caráter público e que, portanto, devem preponderar em relação à eventual disponibilidade do direito material debatido.⁶³

Realizada esta distinção acerca da extensão do conteúdo do princípio dispositivo e demonstrado que, em sua real essência, tal princípio não interfere na atividade probatória de ofício pelo magistrado⁶⁴, necessário frisar, de qualquer modo, que mesmo que se defenda uma maior abrangência ao referido princípio, tal interpretação também não implicará na restrição dos poderes instrutórios do juiz.⁶⁵

Sob a ótica de BARBOSA MOREIRA nenhum ordenamento, em matéria de prova, pode ser considerado exclusivamente inquisitivo ou dispositivo, uma vez que

⁶¹ MARANHÃO, Clayton Albuquerque. A demanda cautelar e a regra de congruência no processo civil. **Revista genesis**. Revista de direito processual civil. Curitiba: Genesis, jan/abr. 1996. p. 136.

⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 101

⁶³ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001. p. 26.

⁶⁴ Este posicionamento também é defendido por MARINONI e ARENHART os quais sustentam que participar ativamente do processo é o papel do juiz moderno que está ciente de suas responsabilidades, não tendo o princípio dispositivo qualquer relação com a instrução da causa, mas sim com as limitações impostas ao juiz e que decorrência da disponibilidade do direito (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. arts 332 a 363, Tomo I, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 193).

⁶⁵ BEDAQUE, J. R. S. *op. cit.* p. 102.

sempre se abre espaço para alguma intervenção do juiz ou das partes ao longo do processo.⁶⁶

Neste mesmo raciocínio, defende DINAMARCO que o processo civil moderno contém um conjunto de disposições que investem o juiz do poder-dever de tomar iniciativas instrutórias em alguns casos.⁶⁷ Essas disposições, em sua perspectiva, são importantes já que provocam uma abertura à mitigação das austeridades do princípio dispositivo, impondo uma nova interpretação do Código de Processo Civil, através de um equilíbrio entre o princípio em questão e o inquisitivo.⁶⁸

É possível citar, ainda, autores que entendem haver um novo princípio de organização do processo, como é o caso de FREDIE DIDIER, o qual defende que o princípio da cooperação é que estrutura o processo civil brasileiro, já que não é possível identificar em nosso sistema *“um critério identificador da dispositividade ou da inquisitorialidade que não comporte exceção”*.⁶⁹

Assim, ainda que se considere que o alcance do princípio disposto é amplo, vigora hoje o entendimento de que a iniciativa instrutória oficial não resta reprimida ou limitada pelo princípio em comento, tendo em vista a sua mitigação em detrimento da necessidade de atribuir ao juiz uma postura mais ativa em atenção ao interesse público que envolve a atividade jurisdicional.

3.3.2 A disponibilidade do direito material

⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e Contracorrentes no processo civil contemporâneo. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 116. Jul. 2004. p. 313

⁶⁷ É exemplo a própria regra do artigo 130 do Código de Processo Civil; a possibilidade de o juiz convocar a qualquer tempo as partes para deporem acerca dos fatos da causa (artigo 342 do Código de Processo Civil); a autorização para inquirir testemunhas referidas (artigo 418 do Código de Processo Civil) e autorização para a determinação de nova perícia quando a primeira tiver sido insatisfatória (artigo 437 do Código de Processo Civil). (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3, 3. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. p. 54-55.)

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3, 3. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. p. 55.

⁶⁹ DIDIER JR, Fredier. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 198. Ago. 2011. p. 213.

Dentre as várias limitações arguidas pela doutrina tradicional contra a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, uma delas está relacionada com a natureza do direito em discussão no processo. De maneira geral, defende-se que, quanto maior a indisponibilidade do direito, maiores deverão ser os esforços do julgador para encontrar a verdade, o qual poderá determinar de ofício a produção das provas que entender necessárias para a solução do litígio.

Por outro lado, se os direitos perseguidos no processo forem de natureza disponível, defende parte da doutrina que o juiz deverá usufruir da iniciativa instrutória oficial de forma restrita, devendo julgar o litígio apenas com as provas trazidas ao processo por iniciativa das partes.

Tais posicionamentos estão atrelados àquela divisão equivocada do princípio dispositivo em sentido material e formal, relacionando-se esta segunda limitação ao sentido formal deste princípio, o qual, segundo já defendido, não é possível sustentar.

Embora esta visão esteja arraigada na noção privatista do processo, a qual já não se sustenta nos tempos atuais, é possível identificar doutrinadores que ainda defendem esta distinção.

Neste posicionamento, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA sustenta que:

Decidiu-se que a iniciativa instrutória do juiz somente se revela razoável nos casos em que a medida decorrer do “interesse público de efetividade da Justiça, notadamente quando se tratar de relação processual desproporcional”, (...) como nos casos em que uma das partes é hipossuficiente (...), ou, ainda, quando se estiver diante de causa que tem por objeto direito indisponível, p.ex., ações de estado (...). Não sendo este o caso, afirma-se, na jurisprudência, que ao julgador não é possível suprir a deficiência probatória da parte (...).⁷⁰

Outro posicionamento que vê com ressalvas a atuação instrutória do juiz frente a direitos disponíveis é o de PUOLI. Embora este autor defenda uma participação mais ativa do magistrado na busca pela melhoria da prestação jurisdicional, ele defende que o grau de intensidade da atuação do juiz irá variar de acordo com o grau de disponibilidade do interesse defendido em juízo.⁷¹

⁷⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 156.

⁷¹ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001. p. 27.

Ainda que persistam entendimentos como estes, atualmente, não é possível defender que o juiz deva assumir uma postura passiva frente ao processo quando a natureza do direito substancial for disponível. Esta questão precisa ser avaliada através da nova ótica constitucional atingida por nosso ordenamento jurídico.

Com a publicização do processo, não mais se admite que o juiz atue como o juiz do direito liberal, o qual estava proibido de assumir uma postura mais ativa no processo.⁷² Os preceitos inerentes à democracia social exigem que o resultado do processo seja satisfatório e adequado à realidade do direito material.⁷³

Desta forma, independentemente da natureza do direito substancial em discussão no processo, cabe ao magistrado participar ativamente na instrução do feito, sempre que entender que, apenas o material probatório produzido pelas partes, não será o bastante para resolver de forma efetiva o litígio.

Como bem observa BEDAQUE, não é possível aceitar uma relação tão intensa entre a relação de direito processual e substancial. Embora se admita uma relação de instrumentalidade, elas possuem finalidades completamente diferentes, já que a relação jurídica de direito processual possui fins públicos, voltados à satisfação dos interesses do Estado, enquanto a relação de direito substancial está relacionada aos interesses privados das partes.⁷⁴

⁷² Como observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart “o juiz do direito liberal, como é sabido, estava proibido de assumir uma postura ativa no processo. Em nome da liberdade do indivíduo, chegou-se, até mesmo, nos países onde o pensamento de MONTESQUIEU era mais vivo, a se proibir ao juiz a interpretação da lei”. A figura do juiz inerte, do juiz que era a *bouche de loi*, sem qualquer poder criativo ou de imperium, foi sustentada pelo mito da neutralidade, que supôs i) ser possível um juiz despidido de vontade inconsciente, ii) ser a lei – como pretendeu MONTESQUIEU – uma relação necessária fundada das coisas, iii) predominar no processo o interesse das partes e não o interesse público na realização da justiça e, ainda, iv) que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução, como se a busca do material adequado para a sua decisão fosse somente problema das partes, no qual o julgador não devesse interferir.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. arts 332 a 363, Tomo I, V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 191).

⁷³ “Com o surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a participação do juiz no processo, que não deve estar preocupado com o cumprimento das “regras do jogo”, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir i) a justa aplicação das normas de direito material, ii) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e iii) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. arts 332 a 363, Tomo I, V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 191-192).

⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p.. 143

Logo, deve-se observar que a natureza disponível do direito substancial defendido através do processo garante à parte o poder de dela dispor, entretanto, não lhe permite influência sobre o a relação de direito processual. Ou seja, a parte poderá decidir livremente se deseja instaurar ou não o processo (princípio dispositivo em sentido material), mas a partir daí, com a relação de direito processual instalada, esta estará de fora da sua esfera de disponibilidade.⁷⁵

Assim, também defende BARBOSA MOREIRA ao afirmar que:

Mas parece que tudo isso gira em torno de um enorme equívoco, porque, quando se diz que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem, e se não as trazem é porque estão dispondo de um direito seu, esquece-se que, ainda que as partes possam dispor de *seus* direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder do juiz de averiguar o fato. Esse poder, se não quisermos incorrer em "petição de princípio", isto é, dar por demonstrado o que seria necessário demonstrar, não é um poder exclusivo da parte. Aliás, nenhuma lei no mundo, hoje, consagra o absoluto monopólio, o absoluto privilégio das partes na atividade de carrear para os autos o material probatório.⁷⁶

Tratando sobre esta questão BEDAQUE faz a seguinte conclusão:

Uma coisa é a relação jurídico-substancial; outra, a relação processual. Esta, uma vez iniciada, deve desenvolver-se de forma a propiciar à função jurisdicional o melhor resultado possível. E tal resultado, quanto mais próximo da realidade fática deduzida em juízo, mais satisfatório será. Tal conclusão está fundada na distinção entre o objeto do processo e processo como instrumento apto a proporcionar a efetiva tutela ao titular do interesse juridicamente protegido pelo legislador material.⁷⁷

Nesta mesma linha defendem MARINONI e ARENHART:

A atuação do juiz na instrução da causa, contudo, não deve ser associada à natureza do direito material em litígio. A instrução da causa é aspecto inerente ao processo, instrumento através do qual é realizado o poder do Estado, e onde os seus interesses predominam independentemente de ser disponível ou não a relação jurídica de direito material. Entender que os casos de direitos disponíveis o juiz pode se limitar a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que concluir que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o

⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a Prova. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 35. Jul. 1984. p. 179.

⁷⁷ BEDAQUE, J. R. S. *Op. cit.* p. 144.

processo que trata de direitos disponíveis não é o mesmo processo que é instrumento público destinado a cumprir fins do Estado.⁷⁸

Portanto, conclui-se que os poderes de iniciativa probatória que foram atribuídos ao magistrado por força do artigo 130 do Código de Processo Civil, não devem sofrer qualquer limitação ou intensificação em razão da natureza do direito substancial que se apresenta em juízo, uma vez que a relação de direito processual, não se encontra limitada pelo princípio dispositivo, cuja abrangência deve estar restrita à disposição das partes pela busca da tutela jurisdicional.

Aliás, a regra prevista no artigo 130 não realiza qualquer distinção a respeito, de modo que tais poderes devem ser exercitados pelo julgador no mesmo grau de intensidade, seja para proteger direitos de natureza indisponível, seja para aqueles que tenham natureza disponível.

3.3.3 O princípio da imparcialidade

Um dos aspectos mais suscitados pela doutrina contrária à ampliação dos poderes probatórios do magistrado, diz respeito ao comprometimento da sua imparcialidade. Conforme defende boa parte desta doutrina, o juiz, ao buscar elementos necessários à formação de sua convicção externamente àqueles trazidos ao processo pelas partes, estaria ferindo a sua imparcialidade.

O princípio da imparcialidade mostra-se um tema de grande relevância quando o assunto são os poderes do juiz e sua atuação no processo, uma vez que está diretamente relacionado com a estrutura dialética deste instrumento de solução de controvérsias.⁷⁹

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. arts. 332 a 363, Tomo I, V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 194.

⁷⁹ Conforme destaca Artur César de Souza, “após o termino da 2ª Guerra Mundial, a exigência da imparcialidade judicial tornou-se um postulado universal consubstanciado nos diversos tratados internacionais difundidos nas democracias ocidentais. Atualmente, esta garantia encontra-se reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10), Declaração Americana dos Direitos do Homem (art.26,2), Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1), Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos (art. 14, I), Convênio Europeu para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (art. 6, 1)”. (SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: RT, 2008. p. 28).

Ao levarem uma questão de litígio ao Judiciário, as partes, que são sujeitos parciais, buscam uma resposta a ser proferida por um agente estatal, dotado de imparcialidade e equidistância, tudo para que este julgador possa proferir uma decisão baseada apenas nas circunstâncias concretas da hipótese e no direito vigente, sem favorecimentos ou influências estranhas à noção de justiça.⁸⁰

Na visão de ANTONIO CITRA, ADA PELEGRINI e DINAMARCO:

O caráter da imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que se possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. E nesse sentido que o órgão jurisdicional deve ser *subjetivamente capaz*.⁸¹

De fato esta exigência é tão fundamental que se pode afirmar que existe uma relação de imanência entre o sujeito do juiz e a sua imparcialidade, de modo que este não teria razão de existir se sua imparcialidade estivesse comprometida, já que tal característica mostra-se inerente à sua função de julgador.⁸²

Não obstante se reconheça a essencialidade e relevância da imparcialidade do juiz, é preciso consignar que tal noção passou a ser demasiadamente exacerbada pela filosofia liberal, a qual via na figura do juiz uma potencial ameaça, porquanto colocava em risco os ideais individualistas de mínima interferência do Estado e seus agentes na vida privada.⁸³

Assim, buscando-se a mínima intervenção possível nos assuntos particulares, pregava-se a visão de que o juiz deveria ser mero expectador do embate travado entre as partes, sendo-lhe vedada qualquer atuação um pouco mais interessada a respeito da matéria tratada no processo.⁸⁴

Neste panorama, conforme afirma PUOLI, a doutrina passou a confundir a figura do juiz participativo com a figura do juiz parcial, razão pela qual toda e qualquer iniciativa do magistrado um pouco mais ativa era vista como quebra da sua

⁸⁰ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001. p. 38.

⁸¹ CITRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; **Teoria geral do processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 61.

⁸² PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001. p. 39.

⁸³ *Idem*

⁸⁴ *Idem*

imparcialidade, o que refletia de forma significativa no campo probatório e impedia o reconhecimento de seus poderes instrutórios.⁸⁵

Atualmente, mesmo após a instituição do Estado Social, tal concepção ainda permanece inveterada na doutrina, causando-lhe profundas preocupações quando o assunto é a iniciativa probatória de ofício pelo juiz.

Para estas concepções, explica BEDAQUE, a investigação unilateral pelo juiz pode influenciá-lo psicologicamente a crer no direito que tenha sido objeto de sua investigação, havendo, ainda, os que sustentem que o Ministério Público deveria atuar em todos os processos, de forma a garantir a busca pela verdade-real, afastando o juiz de uma possível contaminação decorrente da sua iniciativa probatória.

Em que pese tais argumentos, não é possível considerar, principalmente na realidade vivenciada atualmente pelo processo, que temores relativos à imparcialidade do juiz, tornem-se empecilhos à efetivação de direitos.

Tal consequência negativa decorre, principalmente, da noção já exteriorizada anteriormente acerca da essencialidade do ativismo judicial em tema de prova para garantia da efetividade do processo e, portanto, a efetividade da prestação jurisdicional concedida aos cidadãos.

Consoante o entendimento do professor BEDAQUE, não há como aceitar os argumentos tecidos pela doutrina tradicional. Segundo o seu posicionamento, quando o juiz determina a produção de determinada prova de ofício, *“não tem como saber, de antemão, o resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes”*.⁸⁶

Esta posição também foi defendida por BARBOSA MOREIRA:

Quando o juiz toma a iniciativa de determinar a realização de alguma prova, quando o juiz, por exemplo, ordena uma perícia, não dispondo de bola de cristal, nem sendo futurólogo, não pode, evidentemente, prever, adivinhar qual vai ser o resultado daquela diligência e, portanto, a qual das partes a sua iniciativa em verdade beneficiará. Pode, em certas situações, formular conjecturas, não porém prever com absoluta certeza.⁸⁷

⁸⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001. p. 40.

⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 119.

⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a Prova. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 35. Jul. 1984. p. 179.

Ainda é possível afirmar que o juiz, na verdade, estaria sendo parcial quando, sabendo que a produção de determinada prova pudesse esclarecer certo fato controverso do processo, deixa-se de fazê-lo, o que, por consequência, beneficiaria a outra parte que não tinha razão.⁸⁸

Deste modo, defende BEDAQUE que, ao juiz, não cabe o dever de se preocupar com quem será o vencedor, se autor ou réu, mas sim que a vitória seja atribuída àquele que efetivamente tiver razão, de modo a concretizar a verdadeira função do processo, como meio de solução de controvérsias.⁸⁹

Assim, ainda que o juiz não possa encontrar a verdade real, sua conduta ativa contribuirá para que uma parcela desta verdade seja encontrada, sendo tão melhor buscar-se uma verdade próxima à verdade real do que não buscar por nenhuma.⁹⁰

Novamente defende BARBOSA MOREIRA que:

Ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo "X" ou o indivíduo "Y", considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada pelo juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade.⁹¹

Nesta perspectiva, prossegue BARBOSA MOREIRA argumentando que o juiz é, na verdade, perseguido por inúmeras situações que podem por em risco a sua imparcialidade durante ao processo. Para ele, a forma de evitar tais influências e sentimentos, não tem nada a ver com o cerceamento do juiz, já que o ato de julgar é inerente à sua atividade.⁹²

⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a Prova. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 35. Jul. 1984. p. 120.

⁸⁹ *Idem*

⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 121.

⁹¹ BARBOSA MOREIRA, J. C. *op. cit.* p. 179.

⁹² *Idem*

Segundo a sua concepção, a verdadeira forma de “*exorcizar o fantasma da parcialidade*”⁹³ é mediante o contraditório, devendo ser possibilitado às partes a oportunidade de se participarem na colheita da prova determinada de ofício ou, pelo menos, de se manifestarem acerca dos resultados obtidos.

Conclui BEDAQUE que “*A concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo*”.⁹⁴

De tal modo, não são aceitáveis as limitações impostas pela doutrina em face do juiz ativo com base na quebra de sua imparcialidade, já que sua atuação, desde que permeada pela ampla defesa e pelo contraditório, está em perfeita consonância com o modelo de processo civil democrático.⁹⁵

3.4 LIMITAÇÕES SUBSTANCIAIS AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Foram abordadas no capítulo anterior as principais críticas impostas pela doutrina com o objetivo de limitar a atuação do juiz no campo probatório, e defendido que tais limitações não devem constituir como obstáculos à atuação ativa deste agente estatal.

Em que pese a não prevalência desses limites doutrinários, é de extrema relevância observar que determinadas limitações de caráter substancial podem efetivamente se constituir como entraves à atuação ativa do julgador.

Podem-se destacar dois relevantes problemas. De um lado, então os entraves decorrentes das condições de trabalho vivenciadas pela judicatura brasileira e de outro, os que decorrem da própria consciência dos magistrados acerca da necessidade do exercício de seus poderes instrutórios.

Sobre este tema, mostra-se fundamental analisar o trabalho desenvolvido por JOÃO JOSÉ CUSTÓDIO DA SILVEIRA, o qual defende que o estudo acerca da

⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a Prova. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 35. Jul. 1984. P. 179.

⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 125.

⁹⁵ *Idem*

participação ativa do magistrado deve levar em conta não só os aspectos do plano teórico, mas também a realidade vivenciada em seus cotidianos.⁹⁶

Muitos dos juízes brasileiros enfrentam no seu dia-a-dia uma realidade que não pode ser ignorada, já que esta reflete diretamente na qualidade da prestação jurisdicional.

Embora, ao longo do tempo, a magistratura tenha adquirido algumas prerrogativas, extremamente necessárias ao exercício do cargo, algumas dificuldades ainda persistem.

Conforme exemplifica CUSTÓDIO, estas dificuldades vão de causas pessoais, como a baixa quantidade de assessores, por exemplo, a causas administrativas como a má distribuição das competências.⁹⁷

Na maioria dos Estados brasileiros a demanda de processos cresce de forma acentuada, o que não acontece com os órgãos jurisdicionais, fato que, além de prejudicar a celeridade processual, impossibilita que o juiz dedique o tempo necessário ao efetivo estudo do processo.

O juiz, dotado de inúmeras atribuições, dificilmente poderá debruçar-se sobre um caso específico, dedicando o tempo que for necessário para esclarecer todos os elementos importantes. Sua atuação precisa ser partilhada e direcionada a diversas funções concomitantemente, sob pena de não ver vencida uma carga mínima de trabalho diário.⁹⁸

Por conta desse volume de serviço, muitos juízes se vêm tentados a adotar soluções mais práticas como as regras distribuição do ônus da prova, em detrimento de uma investigação mais aprofundada e específica necessária para o real deslinde da causa.⁹⁹

Segundo exemplifica CUSTÓDIO, esta situação de abarrotamento de trabalho impossibilita que um juiz analise com afinco as petições iniciais que lhe são submetidas, que contorne as deficiências técnicas das partes, superando vícios processuais ou, ainda, que ordene detalhadamente a prova de todos os feitos que

⁹⁶ CUSTÓDIO DA SILVEIRA, João José. **O juiz e a condução equilibrada do processo**. São Paulo: Saraiva, 2012

⁹⁷ *Idem*

⁹⁸ *Idem*

⁹⁹ *Idem*

estão sob a sua responsabilidade, determinando as diligências que precisam ser tomadas pelos litigantes.¹⁰⁰

Diante desta realidade, defende o autor que apenas o trabalho doutrinário incentivando à participação mais ativa do juiz no processo, não se mostra suficiente se tais proposições não estiverem acompanhadas de propostas concretas para a melhoria dos serviços.¹⁰¹

Assim, defende CUSTÓDIO acrescentando que:

Ainda que o compromisso no plano doutrinário não possa ser outro que não o estímulo à participação cada vez maior do juiz no processo, calcada em diálogo e interação com os demais sujeitos processuais, reflexão sobre as melhores formas de aplicação da técnica processual e engajamento na descobertas de provas que elucidem fatos controvertidos, deve haver discernimento e bom senso para saber até que ponto tal comportamento pode ser exigido dos magistrados na lide forense.¹⁰²

Igualmente, outra restrição à atuação ativa dos magistrados decorre do posicionamento dos julgadores acerca do tema.

É notório que as dificuldades enfrentadas pelos magistrados na lide forense podem dificultar as iniciativas instrutórias, não obstante, necessário ressaltar que, em certos casos, a limitação provém da própria consciência do julgador e não de limitações físicas, estruturais ou pessoais.

Neste caso, trata-se de uma escolha pessoal do julgador, a qual pode ter sua raiz calcada em diversas causas, como falta de atualização jurídica ou, ainda, aversão às condutas relacionadas ao ativismo judicial.

Segundo aponta CUSTÓDIO, muitos julgadores, tentando justificar sua conduta passiva, escoram-se, por exemplo, em dogmas como o da imparcialidade.¹⁰³

Como já ressaltado, não há qualquer relação entre o juiz parcial e o juiz passivo. Lamentavelmente muitos princípios constitucionais e normas processuais, são invocados demasiadamente de forma a justificar esta conduta inerte frente ao processo.

¹⁰⁰ CUSTÓDIO DA SILVEIRA, João José. **O juiz e a condução equilibrada do processo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰¹ *Idem*

¹⁰² *Idem*

¹⁰³ *Idem*

É imprescindível que a conduta dos magistrados esteja direcionada para os escopos da atividade jurisdicional, se assim não o for, algumas previsões normativas de extrema relevância à noção de justiça, a exemplo do artigo 130 do Código de Processo Civil, permanecerão como letra morta.

Conquanto os trabalhos dogmáticos sejam de extrema importância para o desenvolvimento da ciência do direito, a aplicação prática das normas mostra-se tão relevante quanto, já que permite a verdadeira efetivação da teoria.

Neste panorama, em se tratando de poderes instrutórios do juiz é notável um extenso trabalho dogmático acerca do tema, nada obstante, quando se busca avaliar a real efetividade destes poderes no âmbito prático, o resultado não é tão satisfatório, porquanto ainda envolta de um elevado grau de conservadorismo.

Muitos julgadores ainda veem com restrição a possibilidade da produção de prova de ofício, cenário que precisa ser alterado, considerando que nosso atual Código de Processo Civil atribui expressamente este poder ao magistrado.

A despeito de ser um poder e não um dever, já que o juiz é o destinatário da prova, a não utilização deste poder por muitos juízes encontra respaldos em muitas justificativas que notadamente não podem prevalecer sobre a necessidade de efetivação do direito fundamental à prova, porquanto tal postura passiva ignora eminentemente um instrumento processual que concede efetividade à prestação jurisdicional.

De tal forma, considerando que o resultado do processo interessa não apenas às partes, mas também ao Estado, a conduta ativa do juiz, assim também o é, razão pela qual o poder previsto pelo artigo 130 do Código de Processo Civil, deve ser exercido pelo julgador sempre que apenas as provas produzidas pelos litigantes não bastarem para a solução substancial do litígio.

4 CONCLUSÃO

As mudanças sofridas na dinâmica estatal repercutiram tanto no sistema jurídico como um todo, quanto no sistema processual que deslocou seu foco dos interesses privados para concentrar sua atenção nos interesses sociais. Diante dessas alterações, a jurisdição passou a ser encarada não apenas em seu viés jurídico, mas também passou a ter escopos sociais e políticos.

Em tempos em que se prega a necessidade de um processo civil efetivo, a figura do magistrado surge como elemento de grande importância, já que sua atuação na condução e instrução do processo é fundamental para concretizar as verdadeiras finalidades da função jurisdicional.

O exercício dos poderes investidos ao juiz, principalmente no que diz respeito à atividade instrutória de ofício, possibilita que a tutela prestada aos consumidores da justiça seja mais eficaz, na medida em que permite julgamentos baseados na verdade substancial vivenciada pelas partes.

Assim, a comprovação das questões de fato mostra-se indispensável para formação do convencimento do judicial, razão pela qual o direito à prova é considerado como um direito fundamental, já que permite que as partes auxiliem e influenciem no convencimento do julgador, através da reconstrução concreta dos fatos.

A existência da norma infraconstitucional legitimando a atuação ativa do magistrado na instrução do processo demonstra a imprescindibilidade da aplicação deste preceito normativo como forma de efetivação do direito constitucional à prova. Mais do que a busca pela verdade, deve o processo estar direcionado à concretização da justiça. A investigação dos fatos ocorridos é uma premissa à correta aplicação do direito e, por consequência da obtenção de sentenças mais justas.

Deste modo, a iniciativa instrutória oficial não se destina à busca incansável pela verdade idealizada, mas à obtenção de informações que possibilitem um julgamento acertado, pautando numa verdade mais próxima àquela efetivamente ocorrida, já que em muitos casos apenas os elementos de prova trazidos pelas partes não são capazes de convencer o juiz de quem tem razão.

Neste ponto, revela-se fundamental uma atuação do magistrado visando reconstruir os fatos relativos à lide de modo a garantir que a aplicação do direito ocorra sobre fatos devidamente comprovados, evitando-se, assim, a aplicação exacerbada das regras do ônus da prova que, além de revelar uma grande dose de comodismo, é incompatível com a visão instrumentalista do sistema processual.

Não é possível sustentar, contemporaneamente, as limitações impostas aos poderes instrutórios do juiz pela doutrina tradicional. Como visto, o princípio dispositivo em sentido material em nada se relaciona com a relação de direito processual na qual estão inseridas às iniciativas instrutórias, seus reflexos estão reservados apenas à relação de direito material, sobre a qual as partes têm o poder influir.

Também não é correto afirmar que a atividade instrutória pelo juiz deve-se restringir aos litígios que versem apenas sobre direito de natureza indisponível, uma vez que, independentemente da natureza do direito substancial, predomina no processo o interesse público na solução do litígio.

A participação do juiz na produção da prova também não é capaz de macular a sua imparcialidade, preocupação muito acentuada pela doutrina liberal, que via na figura do juiz uma ameaça. Não se pode aceitar que o juiz, ao determinar a produção de uma prova não pleiteada pelas partes, fique psicologicamente influenciado a crer no direito que tenha sido objeto de investigação, uma vez que não é possível saber antecipadamente a quem o resultado daquela prova beneficiará.

Desde que a produção desta prova esteja permeada pelo princípio do contraditório, o que deve ocorrer em todas as situações, não há qualquer risco à imparcialidade do julgador a ser levado em consideração.

Também, deve-se ressaltar que o comportamento mais ativo do juiz contempla o princípio da igualdade, porquanto constitui um forte instrumento à sua disposição e que lhe permite, por exemplo, corrigir desigualdades econômicas verificadas no caso concreto, como a carência financeira para a colheita de provas ou, ainda, para o patrocínio de advogados experientes.

Agindo ativamente, o juiz não permitirá que a hipossuficiência dos litigantes conduza a uma decisão injusta e, primando pela igualdade real das partes, desenvolverá suas atividades probatórias para apurar a verdadeira versão dos fatos.

As regras de distribuição do ônus da prova também não constituem limites à atividade instrutória do julgador, haja vista serem regras de julgamento que apenas devem ser levadas em conta pelo juiz quando não existirem nos autos elementos suficientes para embasar a decisão judicial. Estes casos limitam-se às hipóteses em que realmente não foi possível comprovar o fato alegado, pois nem a atividade instrutória do julgador, foi capaz de sanar tal deficiência.

Importante ressaltar ainda que, embora estas limitações doutrinárias não constituam verdadeiros obstáculos às iniciativas probatórias de ofício pelo juiz, a realidade vivenciada pelos juízes na prática forense pode influir de maneira negativa no exercício deste poder, o que também acontece quando o próprio julgador deixa de exercer seus poderes instrutórios por razões de comodismo ou conservadorismo.

Evidencia-se, portanto, a importância dos poderes probatórios conferidos ao juiz pela normativa processual brasileira e a necessidade do exercício destes poderes pelos juízes, como forma de aprimoramento da atividade jurisdicional. Uma atividade mais ativa do julgador não implica em qualquer risco à ordem jurídica desde que esta atividade seja acompanhada pela fundamentação e, principalmente, desenvolvida sob o crivo do contraditório.

REFERÊNCIAS

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 19 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e Contracorrentes no processo civil contemporâneo. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 116. Jul. 2004. p. 313

_____ O juiz e a Prova. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 35. Jul. 1984. p.179.

_____ **Temas de direito processual**. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____ **Temas de direito processual**. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____ Correntes e Contracorrentes no processo civil contemporâneo. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 116. p. 313. Jul. 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

_____ **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; **Teoria geral do processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CORREA, Rafael Motta. Os poderes instrutórios do juiz e as novas diretrizes da norma processual. **Revista de processo**, São Paulo, v. 194. abr. 2011. p. 322

CUSTÓDIO DA SILVEIRA, João José. **O juiz e a condução equilibrada do processo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER, Fredier Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. **Curso de processual civil**. v. 2. 7 ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2012.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 198. Ago. 2011. p. 213.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. 3, 3. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo. RT 1997.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 15 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARANHÃO, Clayton Albuquerque. A demanda cautelar e a regra de congruência no processo civil. **Revista genesis**. Revista de direito processual civil. Curitiba: Genesis, jan/abr. 1996. p. 132-143.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. arts 332 a 363, Tomo I, V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo Civil**. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

OVÍDIO ARAUJO, Baptista da Silva. **Curso de direito processual civil** (processo de conhecimento). v. 1. 2. Ed. Porto Alegre. Fabris, 1991.

PARIZATTO, João Roberto. **Prova no processo civil**. Edipa, Minas Gerais, 2003.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumento da efetividade no processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2009.

SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: RT, 2008.

USTARROZ, Daniel. **Prova no processo civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Org.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA; Flávio Renato. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v.1, 10. ed. São Paulo: RT, 2008.